

WYROK

z dnia 14 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Członkowie: **Izabela Kuciak**

Emil Kuriata

Protokolant: **Jadwiga Chachaj**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Jerzy Słaboszewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Telekomp Jerzy Słaboszewski, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Świętej Kingi 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Zakopane, 34-500 Zakopane, ul. T. Kościuszki 13** protestu z dnia 28 września 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Zakopane, 34-500 Zakopane, ul. T. Kościuszki 13 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Jerzy Słaboszewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Telekomp Jerzy Słaboszewski, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Świętej Kingi 3,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Zakopane, 34-500 Zakopane, ul. T. Kościuszki 13** na rzecz wykonawcy **Jerzy Słaboszewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Telekomp Jerzy Słaboszewski, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Świętej Kingi 3,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Jerzy Słaboszewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Telekomp Jerzy Słaboszewski, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Świętej Kingi 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Miasto Zakopane prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem oraz instalację i przeszkolenie beneficjentów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 sierpnia 2009 r. pod pozycją 295550-2009.

W dniu 22 września 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Suntar Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Jerzy Słaboszewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Telekomp Jerzy Słaboszewski na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Zamawiający ww. odrzucenie oferty uzasadnił tym, że wykonawca zaoferował procesor Athlon o słabszych parametrach niż wymagane przez Zamawiającego.

W dniu 29 września 2009 r. (pismem z dnia 28 września 2009 r.) protest wobec opisanych powyżej czynności Zamawiającego złożył wykonawca Jerzy Słaboszewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Telekomp Jerzy Słaboszewski zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż wymaganie postawione przez Zamawiającego dotyczyło jedynie zaoferowania procesora o parametrze-taktowanie min. 2.0 GHz. Pozostała część opisująca procesor Intel Core2 Duo BOX lub Intel Pentium Dual Core BOX nie stanowi parametrów technicznych, a wyłącznie nazwy handlowe jednego z producentów procesorów. Odwołujący oświadczył, iż zaoferowany przez niego procesor AMD Athlon X2 Dual Core 7750 spełnia wymagania zamawiającego – posiada częstotliwość taktowania procesora: 2.7 GHz, co zostało wykazane w treści oferty.

Odnosząc się do parametru wynikającego z nazwy Intel Pentium Dual Core E2180 tj. dwóch rdzeni Odwołujący oświadczył, iż procesor przez niego zaoferowany również posiada dwa rdzenie, a dodatkowo jest bardziej wydajny aniżeli procesor wyspecyfikowany przez Zamawiającego, co potwierdzają, jak stwierdził Odwołujący, ogólnodostępne wyniki testów.

Zdaniem Odwołującego, odrzucając jego ofertę Zamawiający dokonał naruszenia ustawy Pzp w szczególności przez:

- preferowanie marki Intel pomimo, że oferta zbudowana w oparciu o procesory AMD jest tańsza i spełnia wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- odrzucenie oferty Odwołującego wyłącznie ze względu na właściwość innej marki aniżeli wskazana w Specyfikacji pomimo, iż określenia „dual core” i częstotliwość pracy są łatwo identyfikowalne i stanowią dowód, iż oferta spełnia wymagania Zamawiającego (naruszenie art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 3 ustawy Pzp),
- odrzucenie oferty zbudowanej w oparciu o rozwiązania spełniające minimalne wymagania Zamawiającego, a co ważniejsze będące bardziej wydajne (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, uznanie oferty Odwołującego za spełniającą wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 października 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, że dopuścił rozwiązania równoważne wskazując w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, iż proponowane przez wykonawców rozwiązania powinny posiadać parametry techniczne nie gorsze niż wymagane przez Zamawiającego oraz wymagane atesty, a także spełniać normy. W przypadku zaproponowania w ofercie materiałów równoważnych, wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty foldery, dane techniczne i aprobaty techniczne tych materiałów. Oferując rozwiązanie równoważne wykonawca powinien był również dołączyć do oferty opis materiałów i urządzeń w celu umożliwienia Zamawiającemu sprawdzenia czy odpowiadają one wymaganiom postawionym w Specyfikacji.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący zaproponował produkt równoważny, który potwierdza spełnianie wymaganych warunków technicznych tylko we wskazanych przez Odwołującego parametrach, natomiast pozostałe parametry techniczne proponowanego procesora, takie jak: pojemność pamięci cache L1 oraz L2 wyraźnie wskazują, że parametry proponowanego procesora Athlon są gorsze od procesora opisanego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający podkreślił, że parametry procesora Athlon wskazują, że jego zastosowanie w zestawach komputerowych spowoduje konieczność zużycia do 50% więcej energii w stosunku do procesora opisanego w Specyfikacji.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 12 października 2009 r. odwołanie podtrzymując zarzuty i argumentację podniesione w proteście.

Odwołujący podkreślił, iż wszystkie literalne wymagania Zamawiającego postawione wobec procesora tj. dwa rdzenie i częstotliwość pracy zostały spełnione. Jediną różnicą pomiędzy procesorem opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zaoferowanym jest marka handlowa. Odwołujący zwrócił także uwagę na wyższą wydajność oferowanego przez niego procesora, co potwierdzają, jak wskazał, testy dotyczące zarówno zastosowania procesora w aplikacjach biurowych, jak również w internecie, grach oraz syntetycznej oceny samego procesora przeprowadzane przez niezależne ośrodki.

Zdaniem Odwołującego, jako jedyny istotny parametr Zamawiający wskazał częstotliwość taktowania, stąd Zamawiający nie ma podstaw do zmiany na obecnym etapie postępowania zakresu wymagań. Tak wąskie określenie parametrów równoważności przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na brak równoważności w zakresie parametrów nie opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest w opinii Odwołującego działaniem celowym stanowiącym naruszenie art. 29 ustawy Pzp nakierowanym na wybór produktu marki Intel.

Dodatkowo Odwołujący oświadczył, że zaoferowany przez niego procesor jest równoważny do opisanego w Specyfikacji także w zakresie parametrów wskazanych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu - posiada pojemność pamięci cache równą w zakresie L2 oraz większą w zakresie L1 aniżeli procesor określony przez Zamawiającego, posiada też pamięć cache poziomu L3, którego nie posiada żaden z procesorów firmy Intel w podobnym przedziale cenowym, a którą to posiadają dopiero najnowsze procesory tej firmy o nazwie i5 oraz i7. Działanie Zamawiającego wskazuje, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nie wie jakich wielkości pojemności pamięci cache oczekuje, czego dowodem jest, jak wskazał, fakt, że w zbiorze procesorów zdefiniowanych przez Zamawiającego przez wskazanie marki Intel są procesory o pojemności cache L2 od 1MB przez 2MB, 3MB do 6MB.

Odwołujący za nieprawdziwe uznał twierdzenie Zamawiającego o zużyciu większej ilości energii przez procesor zaoferowany przez Odwołującego w stosunku do procesora opisanego w Specyfikacji. Na poparcie swojego stanowiska wskazał na nieporównywalność wskaźników TDP dla procesorów obu producentów. Zaproponował też analizę w tym zakresie niezależnego źródła, jakim jest CPU WORLD.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 89 344,27 PLN, co stanowi równowartość 23 044, euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-2).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców, żaden z nich nie został wykluczony z postępowania, odrzucono 4 oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący, jako wykonawca, który zaoferował najniższą cenę za realizację zamówienia spośród wykonawców, którzy złożyli ważne oferty posiada interes prawny w obronie złożonej oferty.

Przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na brak równoważności zaoferowanego procesora z procesorem opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia była uprawniona. Zamawiający dokonał opisu procesora w następujący sposób: „Intel Core2 Duo BOX lub Intel Pentium Dual Core BOX o taktowaniu min. 2,0 GHz” (strona 6 Specyfikacji). W pkt III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający stwierdził, iż ilekroć określono przedmiot zamówienia przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia dopuszcza się rozwiązania równoważne z zastrzeżeniem, iż proponowane rozwiązania (materiały, urządzenia) będą posiadały parametry techniczne nie gorsze niż

wymagane przez Zamawiającego, będą posiadały wymagane atesty oraz spełniały normy. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert równoważnych w zakresie zaproponowanych materiałów i urządzeń przedstawionych w dokumentacji technicznej pod warunkiem, że będą posiadały lepsze parametry techniczne i nie będą powodować konieczności przeprojektowania dokumentacji projektowej. Zaznaczył, iż w przypadku zaproponowania w ofercie materiałów równoważnych, wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty foldery, dane techniczne i aprobaty techniczne tych materiałów. Oferując rozwiązanie równoważne wykonawca powinien był również dołączyć do oferty opis materiałów i urządzeń w celu umożliwienia Zamawiającemu sprawdzenia czy odpowiadają one wymaganiom postawionym w Specyfikacji.

Odwołujący na rozprawie stwierdził, iż z uwagi na sposób sformułowania wymagań dotyczących procesora w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przygotowując ofertę brał pod uwagę częstotliwość taktowania, wymóg dotyczący procesora dwurdzeniowego, przeznaczenie procesora oraz klasę procesora. W jego ocenie, z treści wymagania postawionego przez Zamawiającego nie wynikają inne parametry dotyczące ww. urządzenia.

W doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż dopuszczając produkt równoważny Zamawiający powinien określić kryteria równoważności, w celu umożliwienia wykonawcom złożenia ważnej oferty oraz zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednocześnie nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, który z jednej strony dopuszcza produkt równoważny, jednak nie precyzując wymagań, które są dla niego istotne, w wyniku oceny odrzuca oferty, w których zaoferowano produkt inny niż wskazany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, za wyjątkiem częstotliwości taktowania i wymagania, aby procesor posiadał dwa rdzenie, nie określił innych parametrów, na podstawie których zamierzał ocenić równoważność. Jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, wykonawca powinien był zaoferować procesor z linii procesorów wymienionych w Specyfikacji, bowiem inne procesory są nieporównywalne, stąd nie ma możliwości wykazania ich równoważności. Zdaniem Zamawiającego, porównanie urządzenia opisanego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z procesorem zaoferowanym przez Odwołującego może zostać dokonane tylko pod kątem zużycia energii. Jednocześnie Zamawiający przyznał, iż parametr ten również nie był wskazany w Specyfikacji.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż dopuszczając równoważność przy jednoczesnym preferowaniu produktu jednego producenta Zamawiający wprowadził wymóg pozornej równoważności, co stanowi naruszenie ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła,

że Odwołujący wykazał równoważność oferowanego produktu w zakresie określonym przez Zamawiającego, stąd decyzja o odrzuceniu jego oferty została podjęta wbrew przepisom ustawy Pzp. Należy bowiem podkreślić, iż produkt równoważny z samej swej nazwy nie stanowi produktu tożsamego, identycznego z opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a posiada pewne istotne dla Zamawiającego cechy. W niniejszej sprawie Izba uznała, biorąc pod uwagę sposób sformułowania przez Zamawiającego wymagań oraz stanowisko przedstawione na rozprawie, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak równoważności zaoferowanego urządzenia.

Jednocześnie Odwołujący zobowiązany na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) do wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które może zostać stwierdzone w przypadku nierównego traktowania przez zamawiającego wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji, czego Izba w przedmiotowym stanie faktycznym nie stwierdziła.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, uznając, iż zarzut ten dotyczy treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co do której zarzuty podnoszone na obecnym etapie postępowania są spóźnione.

Mając na uwadze, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a oraz 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....